

AZ ÁLLAMI BÜNTETŐHATALOM BEHATÁROLÁSÁRÓL: A BÜNTETŐJOG FRAGMENTÁRIS, SZUBSZIDIÁRIUS TERMÉSZETÉRŐL ÉS ULTIMA RATIO JELLEGÉRŐL

Nagy Ferenc
egyetemi tanár

Szegedi Tudományegyetem

Jelen tanulmány Bobvos Pál kolléga 65. születésnapja tiszteletére íródo ünnepi kötet részére készült, és tisztelgés mindenekelőtt szakmai munkássága és több évtizedes egyetemi oktatói tevékenysége előtt.

Történeti aspektusok

A büntető törvénykönyv, a büntetőjog *akcesszórius*, illetve *fragmentáris* jellegéről szakkifejezések ismeretesen először *Bindingnél*¹ fordulnak elő. Vagyis a büntetőjog eszerint „(...) a védelmi jog részeként (...) csak egy nagy akcesszórius jogtárgyrész”, ami azt jelenti, hogy „A jogi tárgyak és a jogok, amelyek védelmét a büntetőtörvények határozzák meg, az összes jogterületen szétszórta helyezkednek el. A büntetőjogot nem szabad izoláltan tekinteni/felfogni.”²

Tehát *Binding* a büntetőjogot a védelmi jog sajátosságára figyelemmel először *akcesszórius* jogrésznek nevezte. Ez a terminus technicus utalást tartalmaz a jogi tárgyak sokaságára, amelyek valamennyi jogterületen szétszórta megtalálhatók, s ebből a sokaságból a büntetőjog csak egy szeletet jelent. Ehhez azonban az is hozzáfűzhető, hogy a büntetőjog történelmileg a legősibb forma, amelyben a jog egyáltalán megjelent és még ma is további területeket szabályoz önállóan, más jogterületek fogalmaira és funkcióira tekintet nélkül, mint például az élet, a szabadság, a becsület és méltóság, a nemi erkölcs védelme.³

¹ *Karl Binding* (1841-1920) német büntetőjogász és jogfilozófus a klasszikus büntetőjogi iskola vezető képviselője. Büntetőjogi fő műve a *Die Normen und ihre Übertretung* I-IV. 1872-1919, tehát a norma tana közel ötven éven át foglalkoztatta. Kiemelhető még, hogy *Binding* hazánkban 1891-től az MTA külső tagja volt. Vö. *HAFT, Fritjof: Strafrecht Allgemeiner Teil* 9. Aufl. C.H. Beck, München, 2004. 61.; továbbá *Binding, Karl* címszó in: *LAMM Vanda – PESCHKA Vilmos* (főszerk.); *Jogi lexikon*. KJK-Kerszöv, Budapest, 1999. 76.

² *BINDING, Karl: Handbuch des Strafrechts*. Duncker & Humblot, Leipzig, 1885. 9. Das Strafrecht sei „(...) als Teil des Schutzrechts (...) ja nur ein großer akzessorischer Rechtsgutsteil”, das heißt „Die Rechtsgüter und Rechte, zu deren Schutz die Strafgesetze bestimmt sind, liegen in allen Rechtsgebieten zerstreut. Das Strafrecht darf nicht isoliert betrachtet werden.” *Bindinget idézi LÜDERSSEN, Klaus: Primäre oder sekundäre Zuständigkeit des Strafrechts?* In: *Arnold, Jörg et al. (Hrsg.): Menschengerechtes Strafrecht* Festschrift für Albin Eser, C.H. Beck, München, 2005. 164.

³ Vö. *JESCHECK, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. 3. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin. 1978. 40-41.; 4. Aufl. 1988. 46-47.; *JESCHECK, Hans-Heinrich – WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts*

Ugyancsak Bindingnek a német szakirodalomban híressé vált szavai szerint „a büntető-törvény fragmentáris karakterű” („fragmentarischer Charakter des Strafgesetzes”), vagyis ezen törvények nem tartalmazzák a jogtárgy-védelem átfogó rendszerét, hanem a büntetésre érdemesség kritériuma alapján egyes kiválasztott súlypontokra korlátozódnak. A büntető-törvények tehát a jogtárgyak csak egy részét védik és azokat sem mindig generálisan, hanem gyakran csak az egyes támadási formákkal, cselekményekkel szemben.⁴ Binding kritikája nem a büntetőjog törvényhozó általi kiterjesztése ellen irányul. Sokkal inkább azt rója fel, hogy a törvényhozó nem dolgozik szisztematikusan. Ezt Binding a törvényhozói mű „nagy hiányosságának” tekinti úgy, hogy a büntetéssel fenyegetett deliktumok mellett csaknem mindenütt „ehhez egészen közeli rokon, közvetlenül szomszédos cselekmények állnak, amelyeket a törvényhozó elhanyagol.”⁵

Míg Binding ezt a büntető-törvényhozói önkorlátozást „nagy fogyatékoságként” értékelte, addig manapság a büntetendőségnek olyan cselekményekre korlátozása, amelyek veszélyessége és elvetendőse a társadalom védelme érdekében egyértelműen a büntetőjogi büntetéssel történő helytelenítést követeli és érdemli, az ilyen önkorlátozás *Jescheck* szerint a szabad jogállam előnye és szükséges jellemzője.⁶ Jelentésmódosulás következményeként jelenleg nem csupán a büntetőtörvények, hanem a büntetőjog fragmentáris természetéről szokás szólni.⁷

Ennek megfelelően a büntetőjog csak a társadalomra káros magatartások elviselhetetlen megnyilvánulásait pönalizálja. Ebben az értelemben követelmény a büntetőjog hipertrofiájának, azaz túltengésének a leépítése a különös részi bűncselekményi tényállások korlátozásával.⁸

Az állami büntetőhatalom korlátozása kapcsán formális tekintetben mindenekelőtt a különösen intenzív törvényi kötöttséget, vagyis a törvényességi elvet kell figyelembe venni. A nullum crimen elvi tétel konzekvenciájával hozza összefüggésbe *Freund* a büntetőjog fragmentális karakterét. Azaz a büntetendőségi hézagok és hiányok a büntetőjog tudatos velejárói, kihatásai. Továbbá a büntetőjog fragmentáris karaktere lényegében a nullum crimen principium számításba veendő másik oldala, de éppenséggel nem öncél.⁹

Maiwald kiemeli, hogy a büntetőjog fragmentális jellege kijelentés mögött három eltérő jelenség rejtőzik, illetve az három irányban nyilvánul meg.¹⁰

Allgemeiner Teil. 5. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 1996. 52-53.

⁴ BINDING, Karl: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*. Band 1. 2. Aufl. W. Engelmann, Leipzig 1902. 20. A tankönyv első kiadásában (1. Aufl. 1896) a fragmentáris jelleg szakkifejezést Binding még nem használta. Vö. ZACZYK, Rainer: *Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts-Zugleich zum Begriff „fragmentarisches Strafrecht.“* Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 123 (2011/4.) 691.

⁵ Bindinget is idézi VORMBAUM, Thomas: *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*. ZStW 123 (2011/4) 670-671.

⁶ Lásd JESCHECK, 1978. 40-41.; JESCHECK, 1988. 46-47.; JESCHECK – WEIGEND, 1996. 52-53.

⁷ NAGY Ferenc: *Anyagi Büntetőjog Általános rész I.* Jurisperitus Bt. Szeged, 2014. 89-90.

⁸ KAUFMANN, Arthur: *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*. In: Roxin, Claus et al. (Hrsg.): *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*. Festschrift für Heinrich Henkel. de Gruyter, Berlin-New-York, 1974. 103.

⁹ FREUND, Georg: *Strafrecht Allgemeiner Teil* 2. Aufl. Springer, Berlin-Heidelberg, 2009. 11. és 233.

¹⁰ MAIWALD, Manfred: *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*. In: Schroeder, Friedrich-Christian et al. (Hrsg.): *Festschrift für Reinhart Maurach*. C.F. Müller, Karlsruhe, 1972. 9-22.

- a. Fragmentáris a bűncselekményi tényállásokon belül a védelem hiányossága, illetve hézagossága az egyes jogtárgyak tekintetében, vagy a védelem csak meghatározott támadási formák ellen irányul.
- b. Fragmentáris a büntetőjognak az egész jogrendszerhez/jogrendhez való viszonya.
- c. Fragmentáris a büntetőjognak a morálhoz, a szociáletikai értékellenességhez való viszonya.¹¹

Az a) és a c) aspektus érinti a bűncselekmény fogalmát, a jogi tárgy kérdéskörét és csak a b) aspektus tartozik az itt vitatott témakör keretei közé.¹²

A fragmentális jelleggel kapcsolatos más aspektusú megállapítás szerint a büntetőjog, a büntetés jogának megalapozása és megindokolása csak szisztematikusan történhet, de nem fragmentárisan. A rendszerben a részelemeken túl az egészszé fejlődés úgy megy végbe, hogy a részek egymás közt és az egészszel olyan kapcsolatban állnak, amely szerint az egész belőlük és azok az egészből érthetővé válnak. A fragmentum az egy töredék. A töredékek összeadása nem az egész és nem válik egészszé. A töredék az egészszel olyan kapcsolatban áll, amely inkább kitalálni hagyja magát, mint megállapítani/meghatározni; a kiegészítést csak a megfigyelő képzelőereje nyújtja. A fragmentáris megindokolás arra korlátozódik, hogy az egyes darabról az egyes darabra történik az ugrás, az előrelépés.

A mai modernnek nevezett világunkban egyébként a fragmentáris gondolkodás előnyt élvez a szisztematikus gondolkodással szemben, mert az – egyebek mellett – kevesebb (szellemi) erőt igényel és emészt fel, s így bizonyos egyszerűsége/igénytelensége révén tűnik ki.¹³

A büntetőjog fragmentáris jellegének hangoztatásán túl ezzel összefüggésben több vitatott probléma jelentkezik.¹⁴ Így például kérdés, vajon a büntetőjog ezen fragmentáris jellege a büntetőtörvény hibájának tekinthető-e, amelyet akár analógia útján történő értelmezés segítségével enyhíteni lehet.¹⁵

További kérdés e tekintetben, hogy a törvényhozó kriminálpolitikai posztulátumáról/követelményéről van-e szó,¹⁶ avagy az alkotmányból kifejlődő, abból levezetett elvnek tekintendő,¹⁷ mivel az arányosság alkotmányos követelményéből fakad.

A büntetőjog fragmentáris természete mellett, illetve vele együtt még a szubszidiaritást és a büntetőjog ultima ratio funkcióját szokás említeni és kiemelni. Kritikai megközelítés szerint e fogalmak, szakkifejezések azonban egyfelől szétfolyóak, diffúzak, másfelől egymásba nyúlnak,¹⁸ azaz legalábbis részben átfedik egymást.

¹¹ MAIWALD uo.; BAUMANN, Jürgen – WEBER, Ulrich – MITSCH, Wolfgang: *Strafrecht Allgemeiner Teil* 11. Aufl. Verlag Gieseking, Bielefeld, 2003. 12.

¹² MAURACH, Reinhart – ZIPF, Heinz: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Teilband 1. 7. Aufl. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987. 24.

¹³ Vö. ZACZYK, 2011/4. 700.

¹⁴ KULHANEK, Tobias Oliver: *Der fragmentarische Charakter des Strafrechts als Argumentationsfigur*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2014/13. 674.

¹⁵ Vö. BINDING. 1902. 20.

¹⁶ ROXIN, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*. 4. Aufl. C. H. Beck, München, 2006. 46-47.

¹⁷ HEFENDEHL, Roland: *Der fragmentarische Charakter des Strafrechts*. Juristische Arbeitsblätter 2011/6. 401-404.

¹⁸ VORMBAUM, 2011/4. 668.

Maiwald sem a fragmentáris, sem a szubszidiárius, sem az akcesszórius fogalmi kifejezéseket nem ajánlja, mivel ezek máshol és más összefüggésben is használt kategóriák, helyettük ennek kapcsán a büntetőjog *szekunder jellege* megjelölést részesíti előnyben,¹⁹ a büntetőjognak más jogterületektől való függőségének körülírására.

A *Maurach – Zipf* szerzőpáros szintén a büntetőjog szekunder természetét emeli ki, amely szekunder jelleg végül is jogpolitikai követelmény a törvényhozó felé.²⁰

A büntetőjog szubszidiaritásáról

A szubszidiaritás fogalma alatt a jogban általánosságban a társadalmi viszonyokba történő állami beavatkozás behatárolása értendő. A szubszidiaritási elv két lényeges funkciót teljesít: az állami beavatkozás eszközeinek korlátozását és intézkedéseinek legitimálását. A büntetőjogban olyan elvről van szó, amely meghatározott cselekmények kriminalizálásához úgy közelít, mint ultima ratio és olykor akár vele azonosítják. Tehát a szubszidiaritás elve az, amely megköveteli, hogy a társadalmi problémák/konfliktusok elleni küzdelmet elsősorban ne büntetőjogi eszközökkel kezeljék.²¹

A szubszidiaritási elv általános princípiumnak is tekinthető, de szélesebb körben érvényesülő nézet szerint ez a princípium a büntetőjogi szankciók ökonómiájával hozható összefüggésbe. Ennek alapján a szankciók alkalmazásánál „takarékosnak” kell lenni, azaz csak akkor, csak olyan súlyút és csak olyan terjedelemben szabad elrendelni, amikor és amilyen mértékben az feltétlenül szükséges a társadalom védelméhez, az újabb bűncselekmény elkövetésétől való visszatartásához. Az elv értelmezésénél ily módon a rendelkezésre álló jogkövetkezmények választásában a hangsúly nem a szankciók enyhéségén van, hanem az azonos vagy nagyobb hatékonyságú és egyúttal enyhébb beavatkozást, kisebb hátrányt jelentő jogkövetkezményt kell előnyben részesíteni.²²

A büntetőjog, a büntetés azt jelenti, hogy az a legélesebb büntető hatalmi instrumentum, az elgondolható legkeményebb, legszigorúbb állami beavatkozás az érintett személyiségi jogaiba. Ezért csak ott és akkor alkalmazandó, ahol, és amikor más eszközök, különösen a polgári-, vagy közigazgatási jog eszközei felmondják a szolgálatot.²³ Ezzel az elvvel a büntetőjog elismeri eszközeinek magas sértési intenzitását a büntetéssel fenyegetéstől a büntető eljáráson át egészen a büntetés végrehajtásáig. Ezeket az instrumentumokat csak akkor kell alkalmazni (azaz egy magatartást büntetést érdemlőként csak akkor kell kezelni), ha semmilyen más eszköz nem segít.²⁴ Hiszen a szubszidiaritás értelmében a büntetőjognak

¹⁹ MAIWALD, 1972. 22.

²⁰ MAURACH – ZIPF, 1987. 25.

²¹ PISKORSKI, Justyn: *Subsidiaritátsprinzip in Gemeinschaftsrecht als Voraussetzung für die Kriminalisierung*. In: C. Joerden Jan et al. (Hrsg.): *Vergleichende Strafrechtswissenschaft*. Duncker & Humblot, Berlin, 2009. 69-72.

²² NAGY Ferenc: *A Magyar Büntetőjog Általános Része*. HVG-ORAC Kiadó, Budapest, 2010. 59.; NAGY, 2014. 88-90.; NAGY Ferenc: *Alapvetések*. In: Belovics Ervin – Nagy Ferenc – Tóth Mihály: *Büntetőjog I. Általános Rész*. 3. kiadás, HVG-ORAC Kiadó, Budapest, 2015. 78.

²³ STRATENWERTH, Günter: *Strafrecht Allgemeiner Teil I*. 4. Aufl. Verlag Carl Heymanns, Köln u.a. 2000. 40.

²⁴ HASSEMER, Winfried – NEUMANN, Ulfrid: *Vor § 1. Vorbemerkungen*. In: Kindhäuser Urs et al. (Hrsg.): *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar Band 1*. 2. Aufl. Nomos, Baden-Baden 2005. 93. p., HEFENDEHL, 2011/6. 401.

egyedüli feladata a társadalomra különösen káros magatartásmódok elleni küzdelem. Azaz azok a zavarok, amelyek az emberek rendezett együttélése számára elviselhetetlenek és ezek megakadályozása ezért különösen fontos és sürgős.

Ezt támasztják alá a német szövetségi Alkotmánybíróság idevonatkozó döntései is.²⁵ Ezek közül kiemelendő a terheesség megszakítással kapcsolatosan 1975-ben hozott döntés találó és máig érvényes megállapítása. E szerint az a döntő, hogy a jogi tárgy (itt a meg nem született élet) védelmét szolgáló intézkedések összessége, legyen az polgári jogi, közjogi, különösen társadalombiztosítási jogi, vagy büntetőjogi természetű, a jogi tárgy jelentőségének megfelelő tényleges védelmet garantálja. Abban az esetben, ha az alkotmány által parancsolt védelem más módon nem érhető el, a törvényhozó kötelezett jogi tárgy (itt a kifejlődő élet) védelme érdekében a büntetőjog eszközét alkalmazni. (...) Az egész közjogot, beleértve a büntetőjogi eszközt csak óvatosan (elővigyázatosan és visszafogottan) szabad használni/igénybe venni. Ezt követeli meg a védendő jogi tárgy értéke és jelentősége.²⁶

A német szakirodalomban a szubszidiaritási elv több eltérő interpretációja között lehet, illetve kell különbséget tenni:

- a. *Vormbaum* szerint a szubszidiaritási elv értelmében a büntetőjogon kívüli szabályozás elvileg megelőzi a büntetőjogi szabályozást. E tekintetben az a kérdés, hogy a büntetőjogi büntetéssel fenyegetés kevésbé kontrollintenzív, vagy liberálisabb szabályozású-e a büntetőjogon kívüli mechanizmusokkal összehasonlítva. Ugyanis a büntetőjognak nem akármilyen értékeket, javakat, hanem meghatározott jogi tárgyakat kell védenie. A jogi tárgyak tehát a jogrend által elismert értékek. A büntetőjog másként kifejezve – természete szerint szubszidiárius. Míg korábban *Vormbaum* úgy ítélte meg, hogy a büntetőjog szubszidiaritásának nincs köze az ultima ratio elvhez,²⁷ újabb munkájában a szubszidiaritást az ultima ratio elv speciális alkalmazási esetének tekinti.²⁸

Mindenesetre *Vormbaum* szubszidiaritási felfogása összességében nem feltétlenül követendő annyiban, hogy a jogtárgyakkal érvelés, illetve a jogi tárgy („Rechtsgüter”) olyan jelenség, amely nagyfokú szabadsággal értelmezhető és kezelhető.²⁹ Továbbá az is vitatható lehet, miszerint a szubszidiaritás csupán az ultima ratio elv speciális változata lenne.

- b. *Brandt* ugyancsak úgy véli, hogy a szubszidiaritás különbözik az ultima ratio elvtől. A szubszidiaritási elvnek nincs alkotmányos státusza, de a szociális állam („Sozialstaat”) alapelve mégis fontos és jelentős. Ennek megfelelően bűncselekmény elkövetése esetén önálló/autonom büntetőjogilag kielégítő szabályozás hiányában az állami szerveknek tevékenykedniük kell, éspedig elsősorban segítségnyújtással (például szociális segéllyel) és csak végső konzekvenciaként büntető úton.³⁰

²⁵ Vö. RENGIER, Rudolf: *Strafrecht Allgemeiner Teil* 4. Aufl. C. H. Beck, München, 2012. 9. p.; KREY, Volker: *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band 1. 3. Aufl. Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2008. 7-8.

²⁶ BVerfGE 39, 1 (46-47) 1975. február 25. Ezt a döntést hivatkozza pl. MAURACH – ZIPF, 1987. 25.; KREY, 2008. 8.

²⁷ VORMBAUM, Thomas: *Politisches Strafrecht*. ZStW 107 (1995) 747.

²⁸ VORMBAUM, Thomas: *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*. ZStW 123 (2011) 668.

²⁹ Vö. JAREBORG, Nils: *Criminalisation as ultima ratio*. In: Arnold, Jörg et al. (Hrsg.): *Menschengerechtes Strafrecht*. Festschrift für Albin Eser. C. H. Beck, München, 2005. 1351.

³⁰ BRANDT, Ewald: *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzip für Entpoenalisierungen im Kriminalrecht* (Taschenbuch) Günter Mainz Verlag, Aachen, 1988. 135., 152.

- c. *Jakobs* és *Roxin* felfogása értelmében a szubszidiaritás elve lényegében azonos a prospektív, a jövőbe tekintő arányossági elvvel.³¹ Az ilyen értelemben értelmezett szubszidiaritásnak viszont nincs önálló/független normatív funkciója.

Jakobs a szubszidiaritási elvet az arányosság alkotmányjogi principiuma büntetőjogi változatának tartja. Eszerint a büntetőjogi beavatkozás nem megengedett, ha a kívánt megfelelő effektus kevésbé jelentősen beavatkozó intézkedés révén elérhető. Az arányossági elv azonban csak akkor érvényesülhet, ha az alternatív intézkedések terhei olyan személyt érintenek, aki a megoldandó konfliktus tekintetében kompetens/jogosult.³² E tekintetben a teher az összes/valamennyi veszteség/kár értelemben értendő, ideértve a társadalmi kapcsolatról való lemondást is. Az alapelv tehát nem érvényesül, a büntetés illegitim lesz, ha a konfliktus valakinek a terhére másként, mint büntetés révén megakadályozható/elhárítható, vagy elintézhető lehetne.³³

Roxin szerint is a szubszidiaritási elv az alkotmányjogilag garantált arányossági elvből vezethető le. Ahol az állam számára a jogtárgy-védelem kevésbé terhelő eszköze rendelkezésre áll, a büntetőjog alkalmazása nem szükséges. Ha bizonytalanság áll fenn, hogy vajon az enyhébb eszköz(ök), mint például polgári jogi szankció(k) kielégítő/megfelelő sikert ígér(nek)-e, ezen kívül a törvényhozó rendelkezésére áll az értékelési prerogativa/előjog. Erre is figyelemmel a szubszidiaritási elv több mint egy kriminálpolitikai követelmény, az közvetve ugyan és bizonyos fokig kötelező jellegű szabálynak is tekinthető, kriminál-, illetve szociálpolitikai döntés függvényeként és kérdéseként.³⁴

- d. A konklúzió hasonló, ha a szubszidiaritási elvre úgy tekintünk, mint amely a kriminalizációs elvből ered. A szubszidiaritás elve deklarálja azt, hogy a kriminalizáció akkor indokolt, amennyiben más lehetőség, más eszköz nincs. Ugyanis nem minden jogellenes magatartást szabad büntetőjogi büntetéssel tiltani, azaz kriminalizálni, amely magatartás akár jogi tárgyat sért(het), vagy veszélyeztet(het).

Egy magatartás büntetést érdemlőségét érintő kétség esetén a törvényhozónak a büntetlenséget vagy a kriminalizálástól való távoltartást („*Entkriminalisierung*”) kell választani, azaz az „*in dubio pro libertate*” elvet. Ez az alapelv a szubszidiaritás és az arányosság principiumaival közeli rokonságban lévő, és a büntetőjogot csak ultima ratioként akarja érvényesülni engedni. Problematisz azonban az alapelv, nem csupán az elhatárolás miatt, de a bűnözés terjedelmére és jelentőségére vonatkozó ismerethiányunk miatt is. Az elv továbbá rendkívül határozatlan/bizonytalan, és ezért a büntetést érdemlőség kriminálpolitikai meghatározásának általános irányvonalaként érvényesülhet.³⁵

³¹ Az arányossági elv két aspektusa különböztethető meg, de úgy is kifejezhető, hogy két különböző arányossági elv létezik: az egyik a visszatekintő, a retrospektív, a másik a jövőbe tekintő, a prospektív. Az első, a retrospektív az egyes magatartások büntető értéke, tárgyi súlya és a jogkövetkezmény, a büntetés súlyossága közötti kapcsolattal foglalkozik. Az alapelv akkor sérül, ha a büntetés (szankció) a magatartás büntetőértékéhez képest túlságosan súlyos, vagy túlságosan enyhe. A másik, a prospektív az eszközök és a célok közötti kapcsolatra vonatkozik. Az alapelv akkor sérül, ha az eszközök az elérni kívánt célhoz képest mértéktelenül/szélsőségesen kíméletlenek és túlzóak. Vö. JAREBORG, 2005. 1350.

³² JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil* 2. Aufl. Studienausgabe. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1993. 48–49.

³³ JAKOBS, 1993. 49.

³⁴ ROXIN, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3. Aufl. C.H. Beck, München, 1997. 27.; 4. Aufl. 2006. 47.

³⁵ Vö. HASSEMER – NEUMANN, 2005. 93.; 3. Aufl. 2010. 101.

Más vélemény szerint viszont a szubszidiaritási elv beleolvad az *in dubio pro libertate* elvbe.³⁶ Végül Jareborg arra a következtetésre jut, hogy a büntetőjog szubszidiaritásával kapcsolatos elgondolások vagy irreálisak az adott probléma megoldására, vagy ezzel összefüggésben hiányzik az önálló/független/közvetlen normatív státusz, illetve funkció.³⁷

A büntetőjog ultima ratio jellegéről

Az állami büntetőhatalom értelmes behatárolásával kapcsolatos az a gondolat is, amely szerint büntető rendelkezés, mint „az állam legélesebb kardja” csak ott igazolható, ahol kevésbé mélyreható és súlyos (például más közjogi, vagy polgári jogi) eszköz a hatékony jogtárgyvédelem érdekében nem elegendő. Ez a büntetőjog *ultima ratio funkciója*. Így például szexuális téren erkölcstelen és erkölcsileg illetlen/megbotránkoztató magatartást (mint például állapotokkal való szexuális cselekményeket) azok állítólagos erkölcsellenessége és illetlen/megbotránkoztató jellege miatt büntetőjogi büntetéssel nem szabad fenyegetni.³⁸ Hasonlóképp a büntetőjognak a bűncselekménnyel megzavart társadalmi nyugalom helyreállítása a feladata, és nem például a vallási elképzelések, illetve az ezzel kapcsolatos kijelentések/megnyilatkozások védelme. Így többek között az istenkáromlás büntetendősége a szekularizált modern büntetőjogban teljességgel „idegen test” lenne.³⁹

Törvényhozói feladat annak gondos vizsgálata, hogy egy magatartás társadalomra káros hatása miatt büntető rendelkezés kibocsátása szükséges-e. Az állam büntető hatalmának értelmes behatárolására igazi mércét találni, ez a kiegyensúlyozott és felelősségtudatos kriminálpolitika feladata.⁴⁰

Ezért az állami büntetőhatalom nem tetszés szerinti módon, hanem csak *ultima ratio*ként alkalmazható. A csekélyebb súlyú más eszköz elsőbbsége az arányosság elvéből következik, amely a jogállamiság eszméjében gyökerezik. Ahol más – például polgári vagy közigazgatási jogi – intézkedések és lehetőségek kielégítő jogtárgy-védelmet nyújtanak, ott a büntetőjog általi védelem visszalép.⁴¹

Az *ultima ratio* elvnek a német szakirodalomban Jescheck értelmezésében két jelentése van.⁴² Egyrészt tágabb értelemben azt jelenti, hogy a büntetőjogot a jogrend megóvása érdekében csak utolsó eszközként szabad alkalmazni (Entkriminalisierung = a kriminalizációtól való távoltartás gondolata). Másrészt azt jelenti szűkebb értelemben, hogy végrehajtandó szabadságvesztés csak akkor szabható ki, ha ez a legszigorúbb szankció a jogtalanság és a bűnösség súlya, vagy az ismételt ugyanazon jellegű visszaesés miatt elkerülhetetlen, mert különben a jogkövető közösségek az ítéletet nem értenék (Entpönalisierung = depönalizáció

³⁶ JAREBORG, 2005. 1351-1352.

³⁷ Vö. JAREBORG, 2005. 1352.

³⁸ WESSELS, Johannes – BEULKE, Werner – SATZGER, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil* 43. Aufl. C. F. Müller, Heidelberg u.a. 2013. 4.

³⁹ Vö. GROPP, Walter: *Strafrecht Allgemeiner Teil* 4. Aufl. Springer, Berlin-Heidelberg, 2015. 21.

⁴⁰ WESSELS – BEULKE – SATZGER, 2013. 4.

⁴¹ RENGIER, 2012. 9.

⁴² JESCHECK, Hans-Heinrich: *Grundsätze der Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht* In: KÜHNE, Hans-Heiner (Hrsg.): *Festschrift für Koichi Miyazawa*. Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995. 363-382.

gondolata). Ezen szűkebb értelemben vett ultima ratio elvre tekintettel a szabadságvesztés-büntetés alternatívái nagy jelentőséget nyertek/nyernek.⁴³

Jescheck tehát a tágabb értelemben értelmezett ultima ratio elvet a kriminalizációtól való távoltartás gondolatával hozta/hozza összefüggésbe. Etekintetben egyfelől társadalmilag immanens tendencia a túlzott kriminalizáció; másfelől elvi egyetértés áll fenn a büntetőjog szükséges korlátozásáról.⁴⁴

A kriminalizáció mellőzése *Roxin* szerint két irányban lehetséges. Egyrészt a büntető rendelkezés(ek) helyettesítés nélküli törlése valósulhat meg úgy, hogy a büntető előírás a társadalmi béke fenntartásához nem szükséges. Egy olyan magatartás, amely csak az erkölcs, vagy a vallás, avagy a politikai korrektség szabályait sérti, illetőleg csupán önveszélyeztetéshez vezet, ez egy jogállamban nem büntethető. A másik út a kriminalizáció mellőzését a szubszidiaritási elv irányába vezeti. Ez a principium azon a gondolaton nyugszik, hogy a büntetőjog hátrányt tartalmazó mivolta miatt csak a szociálpolitika ultima ratioja lehet. Ez azt jelenti, hogy a társadalomra káros magatartást csak olyan büntetéssel kell(ene) fenyegetni, ahol a társadalmi zavar elhárítása nem kevésbé beavatkozó büntetőjogon kívüli eszközökkel érhető el. A büntetőjog elkerülésének ilyen útja a német jogban például a szabálysértések megalkotása szabálysértési szankciókkal.⁴⁵

Az *ultima ratio*-elv tűnik viszonylag a legvilágosabb fogalomnak a büntetőjog behatárolásával kapcsolatos fogalmi rengetegben és azt juttatja kifejezésre, hogy a büntetőjogi büntetésnek az utolsó, legvégső eszköznek kell lenni. Ezáltal a szubszidiaritás első elágazása pontosan és közelebbről meghatározható a büntetőjog alkalmazása tekintetében.⁴⁶ Eszerint tehát az ultima ratio-elv a büntetőjog szubszidiaritása kiegészítését adja/adhatja, ha a más jogági szabályok nem voltak elegendőek a jogsértés elleni fellépésre.

Az ultima ratio elv honi alkotmánybíróági megítéléséről

Az Alkotmánybíróság több döntésében is foglalkozott az ultima ratio elvvel, többnyire argumentációs eszközként. Először 1990-ben, majd 1992-ben jelenik meg. Az 1214/B/1990. AB határozat szerint „a büntetéssel történő jogkorlátozásnak – mértékét tekintve is – meg kell felelnie az arányosságnak, a szükségességnek és az ultima ratio elveinek.”⁴⁷

Az Alkotmánybíróság 1992. évben közzétett álláspontja szerint a „büntetőjog a jogi felelősségi rendszerben az ultima ratio. Társadalmi rendeltetése, hogy a jogrendszer egészének szankciós zárköve legyen. A büntetőjogi szankció, a büntetés szerepe és rendeltetése a jogi és erkölcsi normák épségének fenntartása akkor, amikor már más jogágak szankciói nem segítenek.” [30/1992 (V. 26.) AB hat.]⁴⁸

⁴³ Uo.

⁴⁴ KAISER, Günther: *Kriminologie* 10. Aufl. C. F. Müller, Heidelberg, 1997. 134.

⁴⁵ ROXIN, Claus: *Hat das Strafrecht eine Zukunft?* In: Gossel, Karl Heinz et al. (Hrsg.): *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf* C.F. Müller, Heidelberg, 1999. 141-142.

⁴⁶ HEFENDEHL, 2011/6. 401.

⁴⁷ NAGY, 2014. 84.; NAGY, 2015. 75.

⁴⁸ VÖ, NAGY, 2014. 89., NAGY, 2015. 78.; E kérdéskör áttekintő bemutatását lásd KARSAI Krisztina: *Az ultima ratio elvről – másképpen.* In: Juhász Zsuzsanna – Nagy Ferenc – Fantoly Zsanett (szerk.): *Sapientia Sat. Ünnepi Kötet Dr. Cséka Ervin professzor 90. születésnapjára.* Acta Jur. et Pol. Tomus LXXIV. Szeged, 2012. 253-258.; LÉVAY Miklós: *Az alkotmányos büntetőjogtól az alkotmányos kriminálpolitikáig.* In: Hajdú József (főszerk.):

Az Alkotmánybíróság továbbá egy későbbi határozatában leszögezte, hogy „A büntetőjognak nem feladata az alkotmányos értékek átfogó védelme, hanem csupán az, hogy ezen értékeket a különösen súlyos sérelmekkel szemben védje. A büntetőjogi eszközrendszer ultima ratio szerepe kétségtelenül azt jelenti, hogy akkor alkalmazandó, ha más jogági eszközök már nem elegendők” [18/2000. (VI. 6.) AB hat.].⁴⁹

Hazai szakirodalmi helyzetkép

Az utóbbi időszak *hazai* – tankönyvi – *szakirodalmában* a büntetőjogi alapelvek sorában *Földvári* kiemeli a szubszidiaritás elvét úgy, hogy hivatkozik az ultima ratio kifejezésre is. Szerinte „a büntetőjogi felelősség érvényesítésére csak ultima ratióként, tehát csak a végső esetben, akkor kerüljön sor, ha semmiféle más felelősségi forma alkalmazása nem lenne elegendő a cél, a társadalmi együttélés rendjének a védelmére.” A szubszidiaritás elve „megszabja a jogalkalmazó működését” is. „Ez az elv tágabb értelemben magában foglalja azt a követelményt is, hogy a rendelkezésre álló büntetőjogi eszközök közül is azt a lehető legenyhébb eszközt kell választani, amelynek alkalmazása még elegendő a társadalmi együttélés biztosítására.” Sőt, szerinte „ez a kíváncsi magában foglalja az igazságosság követelményének a kielégítését is.”⁵⁰

Az újabb, illetve a legújabb pécsi tankönyv szerzője is a büntetőjog szubszidiaritása címszó alatt a „büntetőjog ultima ratio jellegének (szubszidiaritásának) alapelvét” hangsúlyozza. Ez „elsősorban a törvényalkotáshoz kapcsolódó gondolat. Azt az igényt fejezi ki, hogy egy cselekményt csak akkor nyilvánítson bűncselekménnyé a jogalkotó, ha ez feltétlenül szükséges. A büntetőjognak csak utolsó érvként lehet szerepe, akkor, ha a társadalom érdeke másként nem védhető meg.” A szerző szerint ilyenkor a kriminálpolitika és a törvényhozás részéről az vizsgálendő, hogy „szükséges-e egyáltalán a büntető jogszabály megalkotása, majd arról kell döntenie, hogy milyen mértékű büntetés áll arányban az elkövetett cselekmény súlyával.”⁵¹

A *Békés-féle* budapesti tankönyvben a büntetőjog ultima ratio jellege, a szükségesség és az arányosság követelménye egy alcím alatt, egymás mellett szerepelnek, lényegében egy elvként: „Ez az elv azt fejezi ki, hogy a büntetőjog csak végső eszközként vehető igénybe és csak akkor, ha az igénybevétel szükséges és akkor is csak az arányosság keretein belül.” Békés szerint e tekintetben a büntetőtörvényről, a bűncselekménnyé nyilvánításról és az arányosság keretén belül a jogkövetkezmény meghatározásáról van szó. Ebben az összefüggésben emeli ki Békés a szükségességi, illetőleg az arányossági tesztet. „Ezt a tesztelést a kriminálpolitikának kell elvégeznie és a törvényhozásnak figyelembe vennie.”⁵²

Geller igen sajátos alapelvei rendszerezésében külön is kifejezetten nem emeli ki és nem is említi a büntetőjog szubszidiaritását és ultima ratio jellegét sem. Szerinte az „anyagi leg-

90 éves a Szegedi jogászképzés. Szeged, 2013. 119.

⁴⁹ Lásd előző lábjegyzetet

⁵⁰ FÖLDVÁRI József: *Magyar Büntetőjog Általános rész 6. kiadás*. Osiris Kiadó, Budapest, 2002. 36-37.

⁵¹ HORNYÁK Szabolcs: *A büntetőjog alapelvei*. In: Balogh Ágnes-Tóth Mihály (szerk.): *Magyar Büntetőjog Általános rész*. Osiris Kiadó, Budapest 2010. 35.; 2015. 37-38.

⁵² BÉKÉS Imre: *A büntetőjog alapelvei*. In: Békés Imre (szerk.): *Büntetőjog Általános Rész*. HvgOrac, Budapest, 2002. 51.; 5. kiadás, 2010. 55.

alítás” elve magában foglalja – egyebek mellett – a szükségességi tesztet. A szükségességi teszt pedig „a kriminalizáció szükségességéből és a kriminalizáció arányosságából áll.”⁵³

Az ún. *miskolci tankönyv* a jogállami büntetőjog alapelvei között sorolja fel az arányosság és a szubszidiaritás elvét. Leszögezi, hogy amennyiben a „jogrendszeren belül az enyhébb felelősségi formák nem hatékonyak, vagy elégtelenek, akkor fordulhat az állam a büntetőjog eszközeihez. A büntetőjognak tehát kiegészítő szerepe van, szubszidiárius jellegű a jogrendszerben. Alkalmazása a társadalmi rend védelmében csak, végső esetben, végső eszközként indokolt. (A büntetőjog *ultima ratio* jellege.)”⁵⁴

A *Wiener*-féle másik pesti tankönyv értelmében a büntetőjog *ultima ratio* jellegét a szükségességi teszt alkalmazása során kell vizsgálni és szem előtt tartani. Ez „azt fejezi ki, hogy a büntetőjogi szankció a jogrendszerben alkalmazható legsúlyosabb szankció, ezért ha más jogág keretében is megvalósítható a kérdéses társadalmi érték védelme, akkor azt ennek, az emberi jogokat kevésbé korlátozó másik jogágnak a keretében kell megoldani.”⁵⁵

A *Kis-Hollán* szerzőpáros tankönyve szintén az anyagi büntetőjog alapelvei körében említi a büntetőjogi beavatkozás célszerűségét, szükségességét és arányosságát, azonban a büntetőjog szubszidiaritása, *ultima ratio* jellege kifejezésekre/fogalmakra nincs külön kifejezett utalás. A tankönyv rögzíti azt, hogy a „büntetőjogi beavatkozás szükségessége és arányossága a büntetőtörvény alkotmánybírói kontrollja körében is megjelenik. Ez azonban nem azonos a jogalkotás során támasztott követelményekkel. A jogalkotó ugyanis a büntetőjogi beavatkozást akkor is célszerűnek, szükségesnek és arányosnak tarthatja, ha az Alkotmánybíróságnak ellenkező a véleménye és a jogszabályt megsemmisíti. Fordított irányú eltérés is lehetséges”.⁵⁶

Rövid összegzésként az állapítható meg, hogy a hazai – tankönyvi – szakirodalomban *Földvári*, majd ennek nyomán *Hornyák* által képviselt pécsi, továbbá *Horváth Tibor* miskolci szerzői felfogása a büntetőjog alapelvei körében külön nevesíti a szubszidiaritás elvét, és ezen a princípiumon belül található az *ultima ratio* jelleg. Ez a nézet tehát a szubszidiaritást és a végső eszköz jellegét egymás mellett tartja, lényegében azonosnak, egyenlőnek tekinti, vagy legalábbis a két elvet egymás kiegészítéseként értelmezi/értelmezheti.

A *Békés*-féle tankönyv nem említi a szubszidiaritást az *ultima ratio* jelleg mellett. A hangsúly e tekintetben a szükségesség és az arányosság követelményére helyeződik és ezzel összefüggésben a szükségességi, illetőleg arányossági tesztre. A *Wiener* szerkesztette tankönyv is az *ultima ratio* jelleg mellett a szükségességi tesztet állítja előtérbe. Békés és *Wiener* tankönyvéből azonban nem derül ki, hogy az *ultima ratio* jelleg miként viszonyul a szükségesség és az arányosság követelményéhez és fordítva. Egyébként *Gellér* is a szükségességi tesztet hangsúlyozza.

A *Kis-Hollán* szerzőpáros a büntetőjogi beavatkozás célszerűsége mellett szintén a beavatkozás szükségességét és arányosságát emeli ki. Azonban a szerző(k) fontos és helyeselhető különbséget is tesz(nek) a szükségességet és arányosságot illetően egyfelől a

⁵³ GELLÉR Balázs József: *A magyar büntetőjog tankönyve I.* Általános tanok. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, Budapest, 2008. 56.

⁵⁴ HORVÁTH Tibor: *A jogállami büntetőjog alapelvei.* In: Horváth Tibor – Lévay Miklós (szerk.): *Magyar Büntetőjog Általános Rész.* Complex Kiadó, Budapest, 2012. 70.; 2014. 70.

⁵⁵ WIENER A. Imre (szerk. és társszerző): *Büntetőjog Általános Rész.* KJK-KERSZÖV, Budapest, 2002. 29.

⁵⁶ KIS Norbert – HOLLÁN Miklós: *Büntetőjog I. Általános Rész.* 2. kiadás. Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2013. 35.

büntetőtörvény AB kontrollja és másfelől a büntető jogalkotás során támasztott követelmények között.

A szegedi tankönyv(ek) és az ultima ratio elv

A büntetőjog jelenti a legszigorúbb és a legsúlyosabb beavatkozást az egyéni szférába. Ha a jogon, illetve a büntetőjogon kívüli, enyhébb eszközök nem alkalmasak, nem vehetők igénybe, illetve nem elég határosak, megnyílik az út a *büntetőjog* előtt, amely ezek alapján csak kiegészítő jellegű, „végső eszköz” lehet, még pontosabban a *legvégső esetben a legutolsó eszköz*. Vagyis az állami kontrolleszközök kiválasztásánál a büntetőjogot utolsóként szabad alkalmazni, és csak akkor, ha a büntetőjog a közérdek érvényesítéséhez, illetve a közrend megőrzéséhez elengedhetetlen. Tehát a büntetőjog eszerint csak a legsúlyosabb jogsértésekre legutolsó eszközként legitim.⁵⁷

Az ultima ratio elvet két irányban lehet értelmezni: egyrészt büntetőjogon belüli viszonylatban, ami azt jelenti, hogy a büntetőjogi eszköz alkalmasságát a többi büntetőjogi eszközhöz viszonyítva kell megítélni, és ha az összehasonlítás alapján az enyhébb eszköz alkalmas, azt kell előnyben részesíteni. Másrészt büntetőjogon kívüli viszonylatban is értelmezhető, amikor is a büntetőjog területén kívüli eszközökkel vetjük össze a büntetőjog eszközrendszerét.

„A szegedi tankönyv tartalmazza a hazai szakirodalom legalaposabb elemzését az ultima ratio elvről, s azt, mint speciális büntetőjogi elvet azonosítja.” „NAGY az ultima ratio elvet a szubszidiaritással együtt tárgyalja, azonban nem ad egyértelmű megfeleltetést vagy elhatárolást a két elv egymáshoz való viszonyára nézve, de annyi bizonyos, hogy a fenti fogalom magját abban látja, hogy a büntetőjognak „a jogi felelősségi, védelmi formák rendszerében kiegészítő jelleggel, ultima ratióként kell érvényesülnie”.⁵⁸

Karsai ultima ratioval kapcsolatos álláspontjáról

Karsai Krisztina legutóbbi kötetében a klasszikus büntetőjogi alapelvek között Ultima ratio és Szubszidiaritás alcím alatt foglalkozik a kérdéskör belső- és uniós jogi vonatkozásaival egyaránt. A nemzeti jogban az ultima ratio elvnek két aspektusát különbözteti meg. Egyfelől szerinte kritikusan értelmezhető az az álláspont, hogy a társadalom számára legfontosabb jogtárgyak megsértését kell a „legsúlyosabb” jogsértésnek tekinteni. Így az elv ezen felfogása relatív, ugyanis a legfontosabb jogtárgyak időben jelentősen változhatnak.⁵⁹

Ez többnyire valós megállapítás, azonban a legfontosabb, az ún. klasszikus jogtárgyak büntetőjogi védelme (pl. az emberi élet, emberi méltóság) időben, érdemben és jelentősen nem sokat változik. További esetekben pedig szintén a relativitás adottnak tekinthető, hiszen minden összehasonlítás, minden viszonyítás viszonylagosságot rejt magában. Továbbá a

⁵⁷ Vö. NAGY, 2010. 59.; Nagy, 2014. 88-90.; Nagy, 2015. 78-79.

⁵⁸ Vö. KARSAI, 2012. 254.; KARSAI Krisztina: *Alapelvei (r)evolúció az európai büntetőjogban*. Pólay Elemér Alapítvány, Jurisperitus Bt. Szeged, 2015. 76-77.; A szegedi tankönyv itt: NAGY, 2010. 59.; Későbbi tankönyvi kiadások: NAGY, 2014. 88-90.; Nagy, 2015. 78-79.

⁵⁹ KARSAI, 2015. 77.

relativitás nem csupán az ultima ratio elv sajátja és jellemzője, hanem több más princípiumnak is, mint például az arányossági elvnek.

Karsai szerint a másik értelmezési sík az adott jogtárgy különböző fokú sértései közötti különbségtétel, jogági differenciálását követve. Fontos az a megállapítása, hogy az „azonos vagy egymással összemérhető jogviszonyok azonos jogtárgyat (vagy jogtárgy-családot) rejtenek, s így nyerhet igazi értelmet az *ultima ratio* elvre, mint a legvégső eszköz elvére való hivatkozás”. Továbbá „az egymással össze nem mérhető jogsértések vagy egymással nem rokon jogtárgyak sértése esetén” a végső eszköz érve nem érvényesülhet.⁶⁰

Megállapítható részéről az is, hogy a legtöbb esetben nem fokozható a támadás, és így nincs olyan jogsértés, ami büntetőjogon kívüli lenne a magyar jogrendben, így az ilyen cselekmények tekintetében az ultima ratio elv nem értelmezhető. Emiatt szerinte javasolható ezen elvre való általános hivatkozás korlátozása.⁶¹

Szerzői összegzés

Az e tanulmányban használt szakkifejezések (a büntetőjog akcesszórius, fragmentáris, szekunder természete, szubszidiaritása, in dubio pro libertate elv, ultima ratio jellege) közös vonása, hogy valamennyi a büntetőjog, az állami büntető hatalom behatárolására irányuló princípium. Közülük az első három lényegében azonos, illetve igen hasonló tartalmat takar, vagyis azt, hogy a büntetőjog a jogi tárgyak csak egy részét és azokat sem teljes mértékben védelmezi, hanem csupán meghatározott cselekményekkel és támadási formákkal szemben. Ezen töredékes büntetőjogi jogtárgy-védelem akcesszórius, fragmentáris, szekunder fogalmi közül a német szakirodalom az utóbbi időszakban a fragmentáris kifejezést használja jobbra és részesíti előnyben. Sőt, Hefendehl szerint a „fragmentaritás” egyenesen alkotmányos alapelv.⁶² A büntetőjog akcesszórius jellege szakkifejezés más – elsősorban polgári jogi, orvosi jogi – jogterületekhez fűződő viszonnal összefüggésben fordul elő az újabb német szakirodalomban. Ugyanakkor a büntetőjog szekunder jellege fogalom nem kap széleskörű elfogadást a németeknél, és ma már szinte jogtörténeti kategóriának tekinthető.

A nem túl bőséges és nem átfogó ezirányú magyar szakirodalom viszont ezt a három kifejezést nem alkalmazza. Jelen sorok írója sem feltétlenül javasolja e fogalmak használatát annak ellenére sem, hogy ezek a jogállami büntetőjog természetét jól fejezik ki és érzékeltetik. A büntetőjog fragmentáris jellegére utalás ugyanakkor nem egészen egyértelmű⁶³, továbbá nem tűnik a hazai törvényhozó számára nagyon értelmes és megszívlelendő irányvonalnak, valamint az „alkotmányossága” nem önállóan, csak közvetve, legfeljebb az arányosságon keresztül jöhetne szóba.

A szubszidiaritásra vonatkozó német felfogások szintén szerteágazóak, mondhatni diffúz képet mutatnak. Kis túlzással állítható, hogy szinte ahány ezzel foglalkozó szerző, annyiféle álláspontot képvisel, főként az ultima ratio elvhez való viszonyt illetően. A német szerzők többsége nem tulajdonít önálló/független normatív funkciót ennek az elvnek, de többnyire az arányossági princípiumhoz kapcsolja.

⁶⁰ KARSAI, 2015. 77-78.

⁶¹ KARSAI, uo.

⁶² Vö. HEFENDEHL, 2011. 401-401.

⁶³ Lásd MAIWALD háromirányú és három eltérő jelenségre utalását: 1972. 9-22.

Hazai szakirodalmunkban a szubszidiaritás elve ugyancsak nem tekinthető általánosan elfogadottnak és szélesebb körben használatosnak: több szerző vagy nem is szerepelteti az elvek sorában, vagy lényegében azonosnak, illetve kiegészítőnek értékeli az ultima ratio elvvel. Ezen írás szerzője is nem problémamentesnek és nem egyértelműnek tekinti a szubszidiaritás elvét. Az általános jellegüként értelmezett elv azt a kívánalmat juttatja kifejezésre, hogy a jogi normákat, illetve döntéseket a lehető legalacsonyabb szinten hozzák meg, annak érdekében, hogy a hatalom minél közelebb maradjon azokhoz, akik felett a hatalmat gyakorolja. Másfelől a szubszidiaritás büntetőjogi kategóriaként sem értelmezhető egyértelműen, mivel ez a fogalom/kifejezés nem csupán az ultima ratio jelleggel összefüggésbe hozható elvre vonatkozik, hanem a bűncselekményi egység és többség (halmazat) tana is használja, azonban más tartalommal. Továbbá a büntetőjogi szubszidiaritás elve önálló, közvetlen normatív funkcióval honi viszonyaink közepette nem rendelkezik.

Kiemelendő Karsai nézete, aki szerint a „szubszidiaritási alapelv szoros összefüggésben van a büntetőjogi ultima ratio elvvel, mivel ez utóbbi a szubszidiaritás elvének kiegészítését adja.”⁶⁴ E sorok írója korábbi általános részi tankönyveiben írt a büntetőjog szubszidiaritásáról és ultima ratio jellegéről, azonban a két elv egymáshoz való viszonyának közelebbi pontosítása nélkül. Ehelyütt és ez alkalommal arra a megállapításra jut, hogy az e tanulmányban érintett büntetőjog-behatároló fogalmak/elvek, így a szubszidiaritás és az ultima ratio elv is egy közös pontba haladnak/futnak az *arányossági princípium* alakjában, amellyel természetesen nem teljesen azonos(ak).

A szerző szerint is a jogállamiság princípiumából levezethető alkotmányos rangúnak tekinthető (honi) arányosság elve értelmében egy magatartást büntetőjogilag büntetést érdemlőként csak akkor szabad kezelni, ha a büntetőjogi eszközök alkalmazása egyaránt alkalmas, szükséges és szűkebb értelemben arányos/proporcionális.⁶⁵ Vagyis komoly és jelentős alkotmányjogi korlát a büntető törvények megalkotásánál a szűkebb értelmű arányosság/proporcionalitás és különösen a szükségesség követelménye.

Az *ultima ratio elv* továbbá nem tisztán formálisan értendő, hanem olyan materiális elv, amely szerint a büntetőjog a leginkább beavatkozás-intenzív állami eszköztárat jelenti és ezen állami beavatkozás mértékét határozza meg. Eszerint tehát az arányosság princípiumán belül az ultima ratio elv a szubszidiaritás kiegészítéseként szolgál(hat) a korlátaira hivatkozás figyelembe vételével.

Az ultima ratio elv sajátos, eddigiekben nem taglalt korlátjaként is értelmezhető a következő jogi szituáció. Az azonos, illetve hasonló jellegű jogtárgy-sértés esetén a különböző jogterületeken (pl.: polgári jog – büntetőjog) *párhuzamos felelősségi formák* úgy is létezhetnek, hogy az *enyhébbnek* minősíthető jogterület (itt polgári jog) *nem lép háttérbe* a súlyosabbnak értékelhető jogág (büntetőjog) mögött. Erre példát szolgáltathat a rágalmazás, amelynek polgári jogi, személyiségi jogi, illetve a Btk. szerinti büntetőjogi értékelése egyaránt és egymás mellett is megvalósulhat.

⁶⁴ KARSAI, 2015.79.

⁶⁵ Vö. NAGY, 2014. 84.; NAGY, 2015. 74-76.

Véggöveztetés: búcsú a büntetőjog ultima ratio jellegétől?⁶⁶

Az ultima ratio elv a tradicionális büntetőjogi garancia-háztartás (látszólag) biztos állományához számíthat. A valóság természetesen másként néz ki. Már hosszú évekkel ezelőtt – többek között – Naucke kritizálta, hogy a büntetőjog prima, talán akár sola ratiová változhat. Szerinte a büntető területen működő jogászoknak azzal kell számolniuk, hogy a büntetés ultima ratioként két szélsőség között ingázik. Az egyik szélsőség: az ultima ratio szabályszerűséggé válik, sola ratiová. A másik szélsőség szerint az ultima ratio csak teoretikus jelentősége van, mivel a szociális segítség a funkcióját fölöslegessé teszi. Az a hely/pont, amelyen a büntetés (és ezzel a büntetőjogász) e szélsőségek között áll, az az általános politikai és gazdasági fejlődés és fejlettség függvénye és mellékterméke.⁶⁷

A büntetőjog tényleges hatóköre azonban az utóbbi évtizedekben a társadalom-etikailag releváns területeken túlra is visszavonhatatlanul kiterjedt. Vagyis a büntetőjog nem korlátozódik az emberi alapjogok és a társadalom fennállása és működése számára nélkülözhetetlen elementáris jogi tárgyak védelmére.⁶⁸ Ennek következtében a büntetőjogi normák elburjánzása és inflálódása figyelhető meg. Közismerten az állam a büntetőjogi büntetést nem csupán ultima ratioként alkalmazza, hanem mind gyakrabban pusztán *szimbolikus irányító eszközként* a különböző jellegű társadalmi konfliktus- és válságjelenségek remélt legyőzése érdekében.⁶⁹ E tekintetben az „ötletelő” és részben diffúz, koherens kriminálpolitikai koncepció nélküli rendpolitikai igények dominálnak. Jelenleg a büntetőjognak szinte tetszés szerinti alkalmazása valósul meg tetszés szerinti célok érdekében.⁷⁰

A büntetőjog expanziója, a növekvő punitivitás⁷¹ korszakában az a benyomásunk támadhat, hogy az ultima ratio elvre hivatkozás nem több mint belső meggyőződésünkkel nem vált, csaknem üres tartalmú jelszó hangoztatása. A modern büntető törvényhozás ezzel az elvvel lényegében szakított, a büntetőjog nem csak mint ultima, hanem gyakran mint prima és nem ritkán mint sola ratio érvényesül.⁷²

⁶⁶ NAGY Ferenc: *Új tendenciák a büntetőjogban*. In: Borbíró Andrea et al. (szerk.): *A büntető hatalom korlátainak megtartása: a büntetés mint végső eszköz*. Tanulmányok Gönczöl Katalin tiszteletére. ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 2014. 361-363.

⁶⁷ NAUCKE, Wolfgang: *Strafrecht. Eine Einführung* 10. Aufl. Luchterhand, Neuwied und Kriftel, 2002. 40.

⁶⁸ Vö. WELZEL, Hans: *Das Deutsche Strafrecht*. 11. Aufl. W. de Gruyter, Berlin, 1969. 1-6.; SEELMANN, Kurt: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. Aufl. Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2009. 3-5.

⁶⁹ A szimbolikus büntetőjogról a magyar irodalomban lásd NAGY Ferenc: *Régi és új tendenciák a büntetőjogban és a büntetőjog-tudományban*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 2013. 128-129.

⁷⁰ Vö. ALBRECHT, Peter: *Strafrecht ohne Recht?* Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. (131) 2013/4. 386-387.; TÓTH Mihály: *Az új Btk. bölcsőjénél*. Magyar Jog 2013/9. 530.; TÓTH Mihály: *Magyarország negyedik Büntető Törvénykönyve*. Jogtudományi Közlöny 2014/10. 439-452.

⁷¹ GÖNCZÖL Katalin: *A punitív kriminálpolitika és a büntető populizmus – egymást fedő fogalmak?* Jogtudományi Közlöny 2014/11. 538-544., különösen 542-543.; LÉVAY Miklós: *A „punitivitás” fogalma, koncepciója és a fogalom változatai a kriminológiai (pönológiai) szakirodalomban*. In: Borbíró Andrea et al. (szerk.): *A büntető hatalom korlátainak megtartása: a büntetés mint végső eszköz*. Tanulmányok Gönczöl Katalin tiszteletére. ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 2014. 315-326.

⁷² HILGENDORF, Eric: *Beobachtungen zur Entwicklung des deutschen Strafrechts 1975-2005*. In: Hilgendorf, Eric – Weitzel, Jürgen (Hrsg.): *Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung*. Duncker&Humblot, Berlin, 2007. 196, 207.; HAGGENMÜLLER, Sarah – JUNG, Heike – STUCKENBERG, Carl-Friedrich: *Ultima ratio – ein Prinzip in Gefahr? Ein Tagungsbericht*. Goldammer's Archiv für Strafrecht 2012. 10. sz. 636-641.